

ARTÍCULO DE REFLEXIÓN

EL ARBITRAJE INTERNACIONAL
COMO MECANISMO DE SOLUCIÓN DE
CONTROVERSIAS ENTRE LA ANI Y SUS
CONCESIONARIOS: REFLEXIONES EN TORNO
A LA SUFICIENTE MOTIVACIÓN DE LAS
DECISIONES ARBITRALES Y EL PRINCIPIO
DE PUBLICIDAD

INTERNATIONAL ARBITRATION AS A DISPUTE
RESOLUTION MECHANISM BETWEEN THE
NATIONAL INFRASTRUCTURE AGENCY (ANI)
AND ITS CONCESSIONAIRES: REFLECTIONS ON
THE ADEQUACY OF THE REASONING OF ARBITRAL
AWARDS AND THE PRINCIPLE OF PUBLICITY

[HTTPS://DOI.ORG/XXXXXX/ICDP.V24NXX.XXX](https://doi.org/xxxxxx/ICDP.v24nxx.xxx)

 Sandra Milena Cortés Jiménez¹

Recibido: 17 de enero de 2026 • **Aceptado:** 15 de marzo de 2026 • **Publicado:** 2 de agosto de 2026

¹ Abogada de la Universidad de La Sabana, especialista en Derecho Administrativo de la Universidad Externado de Colombia, especialista en Instituciones Jurídico-Procesales de la Universidad Nacional de Colombia y especialista y magíster en Contratación Estatal de la Universidad de La Sabana. Docente universitaria y consultora en contratación estatal e infraestructura. Miembro del Instituto Colombiano de Derecho Procesal (ICDP). E-mail: sandramilcortes@hotmail.com

Cómo citar este artículo:

Cortés Jiménez, S. M. (2026). El arbitraje internacional como mecanismo de solución de controversias entre la ANI y sus concesionarios: Reflexiones en torno a la suficiente motivación de las decisiones arbitrales y el principio de publicidad. *Revista del Instituto de Derecho Procesal*, 26-1, pp. 89-102. <https://doi.org/xxxxxx/ICDP.v24nxx.xxx>

RESUMEN

Este artículo analiza el empleo del arbitraje internacional como mecanismo de resolución de controversias entre la Agencia Nacional de Infraestructura (ANI) y sus concesionarios en Colombia. El objetivo central es examinar la suficiencia en la motivación de los laudos y la vigencia del principio de publicidad en procesos vinculados a la contratación estatal. Mediante una revisión de antecedentes legales y el análisis de los casos *Perimetral Oriental de Bogotá* y *Ruta al Mar*, la investigación aborda la internacionalización de las disputas en proyectos de infraestructura de cuarta y quinta generación. Los hallazgos subrayan que la infraestructura vial es hoy un instrumento esencial para garantizar derechos fundamentales, lo cual confiere a las decisiones arbitrales un carácter de alto interés público. Se identifica una problemática derivada de la vaguedad en los criterios de internacionalidad y la colisión entre la confidencialidad arbitral y la transparencia administrativa. El estudio concluye que es imperativo asegurar una motivación robusta basada en las fuentes del derecho y el contrato mismo. Asimismo, se recomienda garantizar la publicidad de los laudos para fortalecer la seguridad jurídica y proteger los derechos ciudadanos frente a la terminación anticipada de concesiones.

Palabras clave: Arbitraje internacional; contratación estatal; asociaciones público-privadas; motivación de laudos; principio de publicidad; concesiones viales.

ABSTRACT

This article examines the use of international arbitration as a dispute resolution mechanism between the National Infrastructure Agency (ANI) and its concessionaires in Colombia. Its primary objective is to assess the adequacy of the reasoning of arbitral awards and the application of the principle of publicity in disputes arising from public procurement contracts. Through a review of the relevant legal framework and an analysis of the *Perimetral Oriental de Bogotá* and *Ruta al Mar* cases, the study explores the internationalization of disputes involving fourth- and fifth-generation infrastructure projects. The findings highlight that road infrastructure has become an essential instrument for guaranteeing fundamental rights, thereby conferring significant public interest on arbitral awards. The study identifies challenges arising from the ambiguity of the criteria for determining the international character of arbitration, as well as the tension between arbitral confidentiality and administrative transparency. It concludes that ensuring

robust reasoning grounded in applicable legal sources and the contractual framework is imperative. Furthermore, it recommends guaranteeing the publicity of arbitral awards in order to strengthen legal certainty and protect citizens' rights in cases involving the early termination of concession agreements.

Keywords: International arbitration; public procurement; public-private partnership; reasoning of arbitral awards; principle of publicity; road concessions.

INTRODUCCIÓN

El importante número de procesos de arbitraje internacional que recientemente viene enfrentando la Agencia Nacional de Infraestructura – ANI muestra que la solución de controversias en materia de contratación estatal e infraestructura tiende a la internacionalización, lo que trae importantes retos para el Estado colombiano y que por supuesto, es una realidad que no es ajena al derecho procesal.

Esto, más aún cuando según el artículo 3 de la Ley 80 de 1993, el contrato estatal es uno de los instrumentos con que cuentan las entidades estatales para el cumplimiento de sus fines y cuando es evidente que la infraestructura ha dejado de ser un asunto de asfalto y concreto, para ser entendida como un mecanismo que permite garantizar derechos fundamentales.

Por tanto, a través de este artículo, se pretende plantear algunas consideraciones respecto del trámite de estos procesos de arbitraje internacional. Para tal fin, se hará una breve reseña histórica que permitirá establecer la relevancia del sistema concesional colombiano para el desarrollo nacional y las recientes vicisitudes que éste viene enfrentando.

Además, se traerán a colación las determinantes de política pública y bases contractuales que hoy permiten acudir al arbitraje internacional para resolver controversias entre los concesionarios y la ANI, para luego centrar el análisis en los casos Perimetral de Oriental de Bogotá Vs. ANI y Concesión Ruta al Mar S.A.S Vs. ANI, ejercicio que permitirá establecer algunas reflexiones sobre el principio de publicidad y sobre la motivación de los laudos arbitrales internacionales en materia de contratación estatal.

Por supuesto, estas reflexiones tendrán como propósito dotar al arbitraje internacional de mayor seguridad jurídica tanto para los inversionistas extranjeros como para el Estado colombiano, en un marco de plena observancia de los principios que rigen el arbitraje y la contratación estatal.

1. A PESAR DE SUS VICISITUDES, EL SISTEMA CONCESIONAL COLOMBIANO HA SIDO EXITOSO. (BREVE HISTORIA)

A finales de los años 80, Luis y su familia vivían en alguna vereda de la geografía colombiana y se dedicaban a cultivar verduras y hortalizas. Esta familia logró que Andrés (un comerciante bogotano) comprará sus productos.

Por su parte, Vicente se dedicaba a conducir un camión y fue contratado por Luis para transportar sus productos hasta la plaza de mercado en Bogotá, en donde Andrés tenía su negocio. Entrar y salir de esa vereda no fue tarea fácil. Literalmente, Manuel y su camión tuvieron que transitar por trochas, incluso en las vías urbanas que conducían a Bogotá. Fue un viaje realmente largo, con retrasos en la entrega del producto. Andrés, por poco pierde oportunidades de negocio.

La historia de Luis, Vicente y Andrés es la historia de muchos colombianos hace más de 40 años, época en la que bajo el modelo de la Constitución de 1986, el Estado, bajo el liderazgo del entonces Ministerio de Obras Públicas y Transporte “proveía las obras públicas, bajo inversión directa de recursos públicos (...) y (...) una incipiente vinculación de recursos obtenidos por el pago de peaje (...) lo cual, francamente, no permitió grandes y oportunos desarrollos en estas materias”². Esta historia (aunque parece lejana en el tiempo) permite descubrir cómo la infraestructura y el transporte han sido desde siempre necesarios para garantizar el sustento de familias enteras, y por demás, el desarrollo económico y social de todo un país.

Posteriormente, el 04 de julio de 1991, se promulgó la nueva Constitución Política, la cual trajo consigo importantes cambios en el modelo de Estado y el modelo económico que marcarían el devenir de Colombia. Así, Colombia adoptó la “apertura económica”, lo que hizo más notable aún la importancia de contar con una infraestructura vial moderna que permitiera la competitividad del país. Y para ello, —y dado el nuevo modelo económico— se generaron mecanismos que permitieran la vinculación de capital privado para el desarrollo de la infraestructura de transporte, abandonando el viejo esquema en el que solo el Estado —con recursos públicos— construía vías.

² DELGADO CAMPUZANO, Javier. Tratamiento jurídico diferencial en la estructuración y ejecución de contratos de concesión producto de APP de iniciativa pública y de iniciativa privada sin recursos públicos. El caso de los proyectos de Infraestructura Pública de Transporte – modo carretero, desarrollados bajo esquemas de APP de Iniciativa Privada sin recursos públicos. [en línea]. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2023. [Fecha consulta: 14 de mayo 2026].

Y fue así que -en términos sencillos- nació el sistema concesional colombiano, el cual hoy está ejecutando especialmente su cuarta y quinta generación (4G y 5G) de contratos de concesión a través de la Agencia Nacional de Infraestructura – ANI, logrando avances significativos en el desarrollo de la infraestructura vial en Colombia a través de instrumentos de vinculación de capital privado como las Asociaciones Público Privadas – APP³

Por tanto, (y por supuesto, sin desconocer sus rezagos) es posible considerar que durante más de treinta años este modelo concesional ha sido exitoso. Es decir, el Estado colombiano y el sector privado han sido grandes coequiperos para generar desarrollo a través de la infraestructura.

Ahora, continuando con esta breve reseña histórica, resulta necesario mencionar que en 2020 con ocasión de la pandemia por COVID 19, el Gobierno Nacional declaró un Estado de Emergencia Económica y Social⁴. En consecuencia, todos los ciudadanos estuvieron confinados en sus casas, lo que implicó la reducción del tránsito vehicular por las carreteras de Colombia, siendo solo permitido el tránsito de vehículos de emergencia.

En ese momento, el Gobierno dispuso además el levantamiento de las talanqueras de las estaciones de peaje⁵, por lo que durante algunos meses los Concesionarios no pudieron recaudar dicha tasa, de la que además, se obtiene la fuente para su retribución. Adicionalmente, en el 2023, seguramente muchos ciudadanos celebraron la noticia de que el Gobierno Nacional había ordenado congelar las tarifas de peaje⁶. Sin embargo, dicho suceso se tradujo en un menor recaudo de dicha tasa por parte de los Concesionarios.

Posteriormente, vinieron situaciones como bloqueos en algunas vías nacionales, movimientos comunitarios que promueven la eliminación de peajes (sin dejar de exigir más y mejores vías), la imposibilidad de acometer las obras

³ Ley 1508 de 2012. Por la cual se establece el régimen jurídico de las Asociaciones Público Privadas, se dictan normas orgánicas de presupuesto y se dictan otras disposiciones. Artículo 1.

⁴ Resolución 385 de 2020 - Por la cual se declara la emergencia sanitaria por causa del coronavirus COVID-19 y se adoptan medidas para hacer frente al virus- y sus modificaciones.

⁵ Decreto Legislativo 482 del 26 de marzo de 2020 - Por el cual se dictan medidas sobre la prestación del servicio público de transporte y su infraestructura, dentro del Estado de Emergencia, Económica, Social y Ecológica.

⁶ Decreto 050 de 2023 - Por medio del cual se ordena no incrementar las tarifas de peaje a vehículos que transiten por el territorio nacional por las estaciones de peaje a cargo del Instituto Nacional de Vías - INVIAS y de la Agencia Nacional de Infraestructura.

contratadas porque aparecieron por ejemplo fuentes hídricas en la zona de ejecución de algunos proyectos como ocurrió en el caso Perimetral de Oriente y otras tantas situaciones que terminaron por poner en vilo la viabilidad financiera de proyectos carreteros.

Y, pese a dichas vicisitudes, la mayor parte de los ciudadanos continuó (y continúa) construyendo su proyecto de vida recorriendo las carreteras nacionales. Así, por ejemplo, Sara ha podido gozar sus vacaciones en Coveñas viajando a través de las vías de Córdoba, las cuales están casi al 100% de su ejecución⁷, mientras que Manuel gana el sustento para su familia conduciendo una tractomula. Por su parte, el pequeño Santiago a través de esa misma vía viaja a su colegio y, Helena logra viajar de manera más ágil para cumplir su cita médica.

Estos casos muestran que hoy la infraestructura no es un asunto de mero asfalto o de concreto. Hoy la infraestructura debe entenderse como un mecanismo que permite garantizar el ejercicio de derechos fundamentales. Y por supuesto, el derecho procesal no puede ser ajeno a dicha realidad, más aún cuando desde el derecho sustancial es cada vez más evidente la necesidad de considerar el derecho a la infraestructura⁸ como un derecho colectivo que permite el disfrute de otros derechos fundamentales.

Ahora, volviendo sobre las vicisitudes antes anotadas, es necesario señalar que con base en ellas, algunos de los concesionarios desde 2023 iniciaron procesos de arbitraje internacional en contra de la ANI, tanto en la modalidad de inversión como comercial, los cuales vienen cursando trámite sin que Sara, Manuel, Santiago o Helena tengan conocimiento de los complejos debates jurídicos, técnicos y financieros que se vienen dando entre la ANI y sus concesionarios, ni de la existencia de dichas controversias, ni de la posible terminación de los contratos de concesión (que puede poner en juego la garantía de sus derechos fundamentales al trabajo, la educación, la salud, la recreación, etc) o de las millonarias pretensiones elevadas por los concesionarios.

Dicho lo anterior, es necesario señalar que a 15 de mayo de 2026, en dos de esos procesos de arbitraje internacional los tribunales han declarado que la

⁷ AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI. Plataforma ANISCOPIO. Según dicha plataforma, el contrato de concesión bajo el esquema de APP a través del cual se desarrolla el proyecto Conexión Antioquia Bolívar presenta un 94.39% de ejecución física. Disponible en <https://aniscopio.ani.gov.co/reportes/carreteros/proyectoDetalle/2>. [Fecha consulta: 14 de mayo 2026].

⁸ CARVAJAL SÁNCHEZ, Bernardo. “La importancia de reconocer un derecho a la infraestructura”, en *Ámbito Jurídico*, 14 de noviembre de 2024, disponible en: *Ámbito Jurídico* (consultado el 15 de mayo de 2026).

ANI ha incurrido en incumplimientos contractuales, así como la terminación anticipada de los contratos de concesión, situación que merece reflexión, pues se insiste, estos contratos no tienen otro fin distinto que el cumplimiento de los fines del Estado y la garantía de derechos fundamentales.

2. EL ARBITRAJE INTERNACIONAL COMO MECANISMO DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS EN LOS CONTRATOS DE LA CUARTA Y QUINTA GENERACIÓN DE CONCESIONES

2.1 Antecedentes legales y de política pública

Para los efectos de este análisis, vale la pena señalar que tradicionalmente, el legislador colombiano prefirió que los contratos que celebrará el Estado con personas extranjeras estuvieran sometidos a la ley colombiana y a la jurisdicción de los tribunales colombianos. Así, por ejemplo, el artículo 74 del Decreto 222 de 1983 señaló que en los contratos celebrados por el Estado debía constar la renuncia del contratista extranjero a intentar reclamación diplomática en lo que tenía que ver con los derechos y obligaciones originados en el contrato, salvo en el caso de denegación de justicia.

Sin embargo, el régimen colombiano en materia de contratación estatal debió responder a las nuevas realidades que vinieron con la entrada de Colombia en los mercados internacionales. Ejemplo de ello es la creación del esquema de Asociaciones Público Privadas, introducido a través de la Ley 1508 de 2012, la cual, *“rompió con los esquemas tradicionales de planeación y construcción de infraestructura pública bajo el esquema concesional tradicional (...)”*, para en adelante lograr la vinculación de capital privado a tales fines.

Lo anterior implicó la necesidad de incorporar nuevas herramientas para la solución alternativa de conflictos, especialmente en materia de arbitraje, tomando como punto de partida las disposiciones contenidas en la Ley 1563 de 2012, según da cuenta el Documento CONPES 3760 de 2013.

Así fue como a partir de los contratos de cuarta generación se incorporó el arbitraje internacional como mecanismo alternativo de solución de controversias, lo que muestra la existencia de una tendencia que podría denominarse “la internacionalización de la solución de controversias en materia de contratación estatal”.

⁹ DELGADO CAMPUZANO. Ob cit.

2.2 La consagración del arbitraje internacional en las minutas de los contratos de concesión celebrados bajo el esquema de APP

Claros los mencionados antecedentes de política pública y legales, vale la pena destacar que las minutas de los contratos de concesión celebrados bajo el esquema de APP prevén en la Sección 15.3 de su parte general, la posibilidad de que las controversias que surjan entre las partes con ocasión de dichos negocios jurídicos sean resueltos por un Tribunal de Arbitramento Internacional, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 62 de la Ley 1563 de 2012, en armonía con las normas de procedimiento aplicables a la materia y el artículo 14 de la Ley 1682 de 2013, o en las normas que les modifiquen, complementen o sustituyan.

En términos generales, las siguientes son las reglas aplicables a este mecanismo de solución de controversias, según la mencionada Sección 15.3:

En primer lugar, podrán someterse a arbitraje internacional las decisiones definitivas proferidas por el Panel de Amigables Composedores. Por su parte, la segunda regla consiste en que los centros que podrían escoger las partes para tramitar sus procesos arbitrales internacionales son: i) El Centro Internacional para la Resolución de Disputas –ICDR–, o ii) la Cámara de Comercio Internacional –ICC–.

En consecuencia, el arbitraje internacional deberá ser administrado por el Centro Internacional escogido, aplicando su Reglamento de Arbitraje Internacional, teniendo además que la sede del arbitraje será Bogotá, que el idioma del arbitraje será el castellano, que la ley aplicable al Contrato será la ley colombiana vigente al momento de la celebración del Contrato, así como las normas de procedimiento de la ley aplicables a la controversia y que la decisión deberá proferirse en derecho, entre otros lineamientos.

Adicionalmente, dispone la Sección 15.3 que el inicio del procedimiento arbitral no impide el ejercicio de las facultades ajenas al derecho común de que disponga la ANI conforme al Contrato y la Ley Aplicable. Además, señala que los actos administrativos fruto del ejercicio de facultades excepcionales no podrán ser sometidos a arbitramento por ser competencia de la jurisdicción contenciosa administrativa.

Sumado a lo anterior, la Sección 15.3 dispone que en caso de se convoque el Tribunal de Arbitramento, los efectos de la cláusula compromisoria se extienden a aquellas empresas, sociedades o personas naturales que hayan presentado conjuntamente la Oferta. Adicionalmente, es necesario recordar que el inicio del trámite arbitral no implica que las Partes gocen de la facultad de suspender unilateralmente la ejecución del Contrato.

3. LOS CASOS PERIMETRAL ORIENTAL DE BOGOTÁ Y CONCESIÓN RUTA AL MAR S.A.S

Es evidente que cada vez el arbitraje internacional goza de mayor protagonismo para la solución de controversias en los contratos de concesión celebrados entre la ANI y sus concesionarios. Tan es así que dicha Entidad mediante oficio con radicado No. 20257010266731 de 28 de julio de 2025 enlistó veinte (20) contratos de cuarta y quinta generación de concesiones sobre los cuales la Agencia fue informada del inicio de arbitrajes comerciales internacionales durante los años 2023, 2024 y 2025. Sin embargo, el número de procesos arbitrales internacionales se ha incrementado entre el segundo semestre de 2025 y lo corrido de 2026.

Ahora, como se indicó líneas arriba, a 15 de mayo de 2026, dos de esos procesos arbitrales ya cuentan con laudos. Se trata de los procesos arbitrales promovidos respecto de los proyectos “Perimetral Oriental de Bogotá” e “IP Conexión Antioquia – Bolívar”, los cuales se analizarán a continuación para finalmente, plantear las reflexiones necesarias en cuanto a la motivación de los laudos arbitrales y el principio de publicidad.

3.1 El caso CIRD Número 01-20-0015-3123 (Perimetral de Oriente de Bogotá)

Sea lo primero recordar que el caso 01-20-0015-3123 fue tramitado ante el Centro Internacional de Resolución de Disputas (en adelante “CIRD”, por sus siglas en inglés) y que el Tribunal Arbitral profirió el laudo parcial final sobre jurisdicción, responsabilidad y daños el 14 de diciembre de 2024. Fue este el primer caso emblemático que puso de presente el nuevo protagonismo del arbitraje internacional para resolver controversias entre la ANI y sus concesionarios, siendo útil señalar que este proyecto de APP es fruto de una iniciativa pública.

Cabe destacar que dicha decisión fue objeto del recurso de anulación de laudo arbitral internacional que hoy cursa trámite ante la Sección Tercera del Consejo de Estado bajo el Radicado 11001032600020250005000 (72663), habiéndose admitido el recurso mediante auto de 22 de abril de 2025.

En síntesis, los antecedentes fácticos que rodearon este caso, se tiene que la demandante (Perimetral de Oriente de Bogotá S.A.S) es una sociedad conformada a su vez por una sociedad suiza, con domicilio en ese país, y que concretamente, las vicisitudes que enfrentó el contrato en su ejecución tuvieron que ver con situaciones como el descubrimiento de yacimientos arqueológicos y

de manantiales, los cuales derivaron en la declaratoria de Eventos Eximentes de Responsabilidad dada la imposibilidad para que el Concesionario avanzará en la ejecución de las obligaciones a su cargo.

En síntesis, en la parte resolutive del laudo, el Tribunal falló a favor de la parte demandante y declaró que la ANI no cumplió con su obligación de actuar de buena fe en relación con la superación del EER de las Unidades Funcionales 4 y 5, especialmente en la determinación de la posibilidad o viabilidad de suscribir un documento contractual (Otrosí) y las condiciones para ejecutar las intervenciones en dichas Unidades Funcionales.

Adicionalmente, el tribunal declaró la terminación anticipada del contrato de concesión solicitada como pretensión subsidiaria por parte de la ANI. Esta decisión fue tomada teniendo en cuenta la ocurrencia de una causa imputable a la ANI, al no haber detectado oportunamente los manantiales. Señala el Tribunal que la mala fe de la ANI implicó que transcurrieran 730 días sin llegar a acuerdos para la superación del EER de las Unidades Funcionales 4 y 5 y que el proyecto resultara inviable. Vale la pena precisar que la fecha de terminación anticipada del contrato se materializó en la fecha de notificación del laudo, y que, una vez consultada la plataforma ANOSCOPIO¹⁰, se observa que actualmente el proyecto se encuentra en etapa de reversión.

3.2 El Caso CIRD No. 01-23-0002-8303 (Concesión ruta al Mar S.A.S)

El 30 de abril de 2026, luego de haberse agotado las respectivas etapas procesales ante el CIRD, el Tribunal Arbitral emitió laudo final para poner fin a las controversias entre la Concesión Ruta al Mar S.A.S y la ANI. En síntesis, durante la fase de construcción de este proyecto se presentaron circunstancias tales como Eventos Eximentes de Responsabilidad, materialización de riesgos y el agotamiento de los mecanismos líquidos de compensación, lo que -junto con otras circunstancias- derivaron en la inviabilidad financiera del proyecto. A diferencia del caso Perimetral de Oriente, este proyecto es fruto de una APP de iniciativa privada sin recursos públicos.

En este caso, el Tribunal Arbitral declaró la terminación anticipada del contrato de concesión fundamentó la declaratoria de terminación anticipada

¹⁰ COLOMBIA. Agencia Nacional de Infraestructura (ANI). *Plataforma ANIscoopio*. Información del proyecto carretero consultada en la plataforma oficial de seguimiento de proyectos de infraestructura. Disponible en: <https://aniscopio.ani.gov.co/reportes/carreteros/proyectoDetalle/21>. Consultado el 15 de mayo de 2026.

del Contrato de Concesión, las siguientes causales: 1) Retraso en la terminación de las UF 2, 6, 7 y 8 (Sección 14.1(e)); 2) No obtención de la Licencia Ambiental para la Variante Lorica (Sección 8.1(h)); 3) Afectación de la Estructura Tarifaria y agotamiento de los MCR (Sección 17.2(b)(iii) y Sección 3.4(i) (ii) (5)); y, 4) Causal referente a la Estación de Peaje Carimagua (Sección 17.2(b)(iv) (1)). Adicionalmente, el Tribunal efectuó otras declaraciones y condenas, luego de aplicar la fórmula de liquidación prevista contractualmente.

3.3 La competencia del Tribunal Arbitral internacional basada en el tercer criterio de internacionalidad del arbitraje: Reflexiones sobre el deber de motivación de su decisión

Estos dos casos tienen algo en común: en ambos casos la ANI objetó la competencia del Tribunal Arbitral por no configurarse el tercer criterio de internacionalidad del arbitraje contenido en el literal c) del artículo 62 de la Ley 1563 de 2012, según la cual el arbitraje es internacional cuando la controversia sometida a decisión arbitral afecte los intereses del comercio internacional, lo que implicó que el Tribunal debiera estudiar si gozaba o no de competencia para resolver las controversias puestas en su conocimiento.

Sobre dicho criterio, vale la pena recordar que este “ha sido criticado entre nosotros por su vaguedad”¹¹, lo que por supuesto trae consigo dificultades prácticas. Es que como diría Gaviria¹², determinar si una controversia afecta o no los intereses del comercio internacional es “tarea difícil”. Es que el legislador no definió qué debe entenderse por afectación del comercio internacional.

Por tanto, ante la objeción planteada por la ANI en ambos casos, sumado al silencio del legislador y la necesidad de que los árbitros motiven adecuadamente sus decisiones, consideramos que lo que correspondía al Tribunal Arbitral en ambos escenarios era desentrañar el contenido y alcance de este tercer criterio de internacionalidad del arbitraje, no solo acudiendo a construcciones doctrinales según las cuales “el carácter internacional del arbitraje debe ser determinado en función de la realidad económica del proceso con ocasión del cual se pone en

¹¹ Cárdenas, J. (2019) Módulo Arbitraje Nacional e Internacional. Confederación Colombiana de Cámaras de Comercio. Recuperado a partir de <https://escuelajudicial.ramajudicial.gov.co/sites/default/files/biblioteca/m1-1.pdf>

¹² Gaviria Gil, J. A. (2013). Comentarios sobre las nuevas normas colombianas en materia de arbitraje internacional. *Revista de derecho Privado*, (24), 259–281. Recuperado a partir de <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/arti2cle/view/3487>

marcha (...)” sino a la jurisprudencia y sobretodo, al contenido obligacional del contrato de concesión.

En ese orden de ideas, el Tribunal en su decisión debió tomar en cuenta que la ANI y los SPV tienen su domicilio en Colombia, y que además, la ejecución de las obligaciones sustanciales de los contratos de concesión se efectúa en territorio colombiano, tal como dispone cada contrato de concesión y su apéndice técnico 1.

Adicionalmente, no es posible perder de vista que la obligación de financiación en los contratos de concesión 4G bajo el esquema de APP, se encuentra regulada en la Sección 3.8 de la Parte General, disposición contractual que sumada a la Sección 3.9 de la misma Parte General, confieren al Concesionario la libertad de elegir la modalidad de financiación, sin imponer que la misma obedezca a la celebración de negocios jurídicos a suscribirse; por ejemplo, con actores extranjeros, llámense accionistas o tenedores de bonos.

Por tanto, los riesgos derivados de la obligación de financiación y de la obligación de obtención del cierre financiero, radican exclusivamente en el Concesionario, sin que le haya sido posible a la ANI prever desde la celebración del contrato estatal que indiscutiblemente, para el cumplimiento de este tipo de obligaciones necesariamente el Concesionario acudiría a actores extranjeros. Ello implica que no necesariamente el arbitraje será internacional.

En consecuencia, la primera de las reflexiones que se pretende plantear en este escrito consiste en que es necesario que al estudiar si gozan o no de competencia para conocer de las controversias puestas en su conocimiento con base en el tercer criterio del internacionalidad, los árbitros acudan especialmente a las fuentes principales del derecho y al contrato mismo, lo que les permitirá de un lado, dotar de contenido y alcance el criterio contenido en el literal c) del artículo 62 de la Ley 1563 de 2012 y adicionalmente, garantizar el debido proceso tanto para los inversionistas como para el Estado a través de una suficiente motivación de su decisión.

4. A MODO DE CONCLUSIÓN: OTRAS REFLEXIONES SOBRE EL ARBITRAJE INTERNACIONAL EN MATERIA DE CONTRATACIÓN ESTATAL

En primer lugar, es necesario señalar que, de lo expuesto en este escrito, es evidente que la infraestructura ha dejado de ser un asunto de mero asfalto, para ser entendida hoy como un mecanismo que permite el desarrollo económico y social, garantizando además derechos fundamentales.

Es decir, el ciudadano es el eje fundamental sobre el cual debe centrarse el desarrollo de la infraestructura e incluso, la resolución de las controversias que se derivan de la ejecución de este tipo de proyectos. Por tanto, las resultas de un proceso de arbitraje internacional —así como cualquier proceso de controversias contractuales que adelante la jurisdicción contencioso administrativa— son de interés público, por lo que debería garantizarse el principio de publicidad de las decisiones. Es que, en últimas, las decisiones de árbitros y jueces (por ejemplo, declarando la terminación anticipada de un contrato de concesión) pueden poner en riesgo la garantía de derechos fundamentales de los ciudadanos.

Por tanto, y si bien en el arbitraje internacional el trámite se sujeta a determinados grados de confidencialidad, consideramos que el éste no debería aplicarse para aquellos casos en que a través de este mecanismo se pretende resolver controversias derivadas de contratos estatales, aunque medie el principio de autonomía de la voluntad.

Es que, indistintamente de la dificultad de los debates técnicos, jurídicos y financieros que puedan darse entre las partes litigantes, quienes terminan afectados por las decisiones que se tomen en el arbitraje son los ciudadanos, por lo que cualquiera de ellos debería gozar de la libertad para conocer los procesos arbitrales. Y esto, más aún cuando la publicidad es un principio que rige la contratación estatal en Colombia y cuando la ley aplicable a estos contratos es la ley colombiana. Y esa publicidad resulta indispensable para que, además el arbitraje nacional e internacional sean mecanismos que estén dotados de seguridad jurídica, lo que además permitirá garantizar la igualdad para casos en que exista similitud de hechos, con similares problemas jurídicos.

Así las cosas, —en síntesis— se concluye que el arbitraje internacional puede ser un mecanismo útil para resolver las controversias en materia de contratos estatales y para lograr que el sistema concesional colombiano continúe rindiendo buenos resultados. Sin embargo, para que este mecanismo sea garante de los derechos de los inversionistas nacionales y extranjeros, de las entidades estatales e incluso de los ciudadanos, es necesario que las decisiones y laudos arbitrales estén dotadas de una suficiente motivación, tomando en cuenta las fuentes principales del derecho, y especialmente los contratos mismos.

Adicionalmente, por lo menos en materia de contratación estatal, debe garantizarse la publicidad de los procesos arbitrales internacionales, así como de las decisiones que de ellos se deriven, pues es evidente que al tratarse de contratos públicos, dichas decisiones terminan impactando el desarrollo económico y social de las comunidades e incluso, el ejercicio de derechos fundamentales.

BIBLIOGRAFÍA

Doctrina

- CARVAJAL SÁNCHEZ, Bernardo. “La importancia de reconocer un derecho a la infraestructura”. En: *Ámbito Jurídico*, 14 de noviembre de 2024.
- CÁRDENAS, J. Módulo arbitraje nacional e internacional. Bogotá: Confederación Colombiana de Cámaras de Comercio, 2019. [en línea]. Disponible en: Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla
- DELGADO CAMPUZANO, Javier. Tratamiento jurídico diferencial en la estructuración y ejecución de contratos de concesión producto de APP de iniciativa pública y de iniciativa privada sin recursos públicos. El caso de los proyectos de infraestructura pública de transporte – modo carretero, desarrollados bajo esquemas de APP de iniciativa privada sin recursos públicos. [en línea]. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2023.
- GAVIRIA GIL, J. A. “Comentarios sobre las nuevas normas colombianas en materia de arbitraje internacional”. En: *Revista de Derecho Privado*, No. 24, 2013, pp. 259–281. [en línea]. Disponible en: Universidad Externado de Colombia - Revista de Derecho Privado.

Normativa

- COLOMBIA. Decreto 050 de 2023. *Por medio del cual se ordena no incrementar las tarifas de peaje a vehículos que transiten por el territorio nacional por las estaciones de peaje a cargo del Instituto Nacional de Vías – INVIAS y de la Agencia Nacional de Infraestructura.*
- COLOMBIA. Decreto Legislativo 482 de 2020. *Por el cual se dictan medidas sobre la prestación del servicio público de transporte y su infraestructura, dentro del Estado de Emergencia, Económica, Social y Ecológica.*
- COLOMBIA. Ley 1508 de 2012. *Por la cual se establece el régimen jurídico de las Asociaciones Público Privadas, se dictan normas orgánicas de presupuesto y se dictan otras disposiciones.*
- COLOMBIA. Ministerio de Salud y Protección Social. Resolución 385 de 2020. *Por la cual se declara la emergencia sanitaria por causa del coronavirus COVID-19 y se adoptan medidas para hacer frente al virus.*

Otras fuentes

- AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI. *Plataforma ANIscopio*. Información de proyectos carreteros consultada en la plataforma oficial de seguimiento de proyectos de infraestructura. [en línea].